

Hvordan skal man håndtere innsynsbegjæringer ved offentlig anskaffelse?

1. Hjemmelssituasjonen.

Hovedregelen er at saksdokumenter i det offentlige er åpne for innsyn dersom ikke annet følger av lov eller forskrift¹. Dette gjelder også ved offentlige anskaffelser. Det er kun anledning til å nekte innsyn i saksdokumenter og/eller unnta opplysninger dersom det finnes hjemmel i lov. Dette følger av lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova). I tillegg gjelder lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

2. Hvem kan kreve innsyn?

Alle kan kreve innsyn i forbindelse med offentlige anskaffelser. Innsyn skal praktiseres likt uavhengig av hvem som har begjært innsyn. Den som begjærer innsyn behøver ikke å oppgi noen begrunnelse og kan også fremme begjæringen anonymt.

3. Innsyn i ulike faser av anskaffelsen.

En anskaffelse består grovt sett av tre faser. En planleggingsfase, en konkurransefase og en kontraktsfase. Reglene om innsyn er forskjellige i hver fase.

I planleggingsfasen vil det meste av informasjon kunne unntas fra innsyn. Dokumentere som dreier seg om planleggingen av konkurransen og ulike vurderinger og innspill gitt i forbindelse med dette, kan unntas som organinterne dokumenter i henhold til offl § 14 første ledd).²

Mens konkurransen pågår er dokumenter som tilbud, evalueringer og protokoller unntatt i henhold til offl. § 23 tredje ledd³. Unntaket gjelder til konkurransen er avsluttet og leverandøren er valgt.

4. Innsyn etter at konkurransen er avsluttet.

Når konkurransen er avsluttet vil det kunne være interessant for flere å få innsyn i grunnlaget for resultatet. Det mest nærliggende er at tilbydere som ikke er tildelt kontrakt, ønsker å få innsyn i det eller de vinnende tilbudene. For at klageadgangen skal være reell, må tilbyderen få innsyn i de dokumentene eller de opplysningene som ikke er underlagt taushetsplikt og ha tilstrekkelig tid til å sette seg inn i dokumentene eller opplysningene.

4.1 Forvaltningslovens §13 annet ledd)

Selv om det skal praktiseres innsyn og meroffentlighet har man også en taushetsplikt i forhold til de opplysninger og dokumenter man som ansatt kommer i kontakt med. I forbindelse med offentlige anskaffelser er bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd punkt 2 den mest aktuelle.

"Forvaltningsloven § 13 første ledd punkt 2): Tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår"

1 Offentleglova, § 3.

2 Et organ kan gjøre unntak fra innsyn for document som organet har utarbeidet for sin egen interne saksforberedelse (organinterne dokumenter).

3 Det kan gjerast unntak frå innsyn for tilbod og protokoll etter regelverk som er gitt i medhald av anskaffelsesloven til valet av leverandør er gjort.

Bestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd punkt 2) inneholder tre vilkår som må være oppfylt for at en opplysning skal være taushetsbelagt. Dersom alle vilkårene er oppfylt, er opplysningen eller opplysningene underlagt taushetsplikt. Det er forbundet med straffeansvar å offentliggjøre opplysninger som er underlagt taushetsplikt.

Bestemmelsen henviser til opplysninger og ikke hele dokumenter.

Anskaffelsesregelverket henviser også til taushetspliktreglene i forvaltningsloven.

4.1.1 Teknisk innretning og fremgangsmåte, samt drifts eller forretningsforhold.

Dette blir som oftest beskrevet som «forretningshemmeligheter». Det finnes ikke noe ytterligere beskrivelse av hva dette innebærer, slik at det må foretas en konkret vurdering av de opplysningene som foreligger i hvert enkelt tilfelle.

Praksis rundt bestemmelsen tilsier at følgende opplysninger som oftest vil være forretningshemmeligheter:

- enhetspriser samt opplysninger som kan bidra til å identifisere enhetspriser (faktura)
- rabattprosjenter,
- driftsmarginer,
- produksjonsmetoder spesifikke for leverandøren,
- opplysninger i forhold til produktutvikling/fremtidige produktlanseringer,
- tekniske tegninger eller beskrivelser
- unike trekk ved produktet ("den hemmelige ingrediensen").

Følgende opplysninger kan være taushetsbelagt men det må gjøres en konkret vurdering:

- enhetspriser dersom markedet er i hyppig endring (for eksempel der prisen er fastsatt basert på en varebørs eller er sterkt sesongpreget)
- sammensetning av produkter i et tilbud (produktmiks),
- kundelister/referanse kunder,
- forretningspartnere/underleverandører,
- fremtidige markedsføringstiltak/kampanjer,
- endringer i selskapsstruktur,
- salg/oppkjøp,

På det tredje nivået finnes opplysninger som i utgangspunktet ikke er regnet som taushetsbelagt.

Eksempler her er:

- allerede offentliggjort eller kjent i markedet
- totalprisene i tilbudet
- produksjonskapasitet - kvantum
- CV til tilbudte ressurser
- sammensetning av team
- kritikkverdige forhold som kommer frem i besvarelsen (sosial dumping, ulovlige produksjonsmetoder, varer er produsert i land man ikke ønsker å handle med eller der det finnes importembargoer)
- hvorvidt tilbyder er straffedømt
- informasjon som i seg selv kan skape negative reaksjoner i markedet
- informasjon som kan skjule lovbrudd

Momentlistene her ikke uttømmende. Oppstillingen gir kun en indikasjon på hva man kan ta med når oppdragsgiver gjør en selvstendig vurdering av begrepet forretningshemmelighet.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å vurdere opplysningens art eller de momentene som kommer frem her. For å kunne gjøre enn tilstrekkelig vurdering, er oppdragsgiver nødt til å beskrive i hvilken grad de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

4.1.2 Konkurransemessig betydning av hemmelighold.

Her vil ikke oppdragsgiver nødvendigvis ha noen ekspertise på hva som er forholdene på det aktuelle markedet eller i den bransje anskaffelsen eller kontrakten er rettet mot. Det kan være hensiktsmessig å kontakte den opplysningene dreier seg om for å få deres vurdering. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å basere seg kun på en egenvurdering fra en leverandør. Regelverket krever at oppdragsgiver har gjennomført en selvstendig vurdering av om vilkårene er oppfylt.

I små markeder med få aktører og høy grad av informasjonsflyt mellom aktørene, vil den konkurransemessige betydningen av offentliggjøring være minimal eller ikke tilstede i det hele tatt. Der markedet er større og konkurransen mellom aktørene antas å være stor, er sannsynligheten større for at opplysninger kan ha konkurransemessig betydning.

Et annet element er i hvilken grad det ville være ressurskrevende å skaffe seg opplysningene det dreier seg om. Dersom opplysningene er vanskelige å få tak i vil det tale for at de har en konkurransemessig betydning.

Et tredje moment er i hvilken grad opplysningene kan benyttes igjen ved fremtidige konkurranser. Dersom opplysningen er skreddersydd til konkurranse og basert på den behovsspesifikasjonen som er laget, er det lite sannsynlig at en offentliggjøring av disse opplysningene vil ha en betydning i fremtidige konkurranser. Dersom konkurransen dreier seg om hyllevarer eller andre standardløsninger er det mer sannsynlig at opplysninger kan ha konkurransemessig betydning.

4.1.3 Vedkommende vil lide tap eller potensielt lide tap dersom opplysningen blir frigitt.

Det tredje vilkåret er at vedkommende som har krav på hemmelighold, vil lide et økonomisk tap dersom opplysningen blir gjort kjent. Det er ikke et krav at man må dokumentere at det er lidt tap. Det må imidlertid konkretiseres og dokumenteres i noe grad hva et eventuelt tap vil omfatte. Det må i tillegg vurderes hva en eventuell skadevirkning vil være og hvor stor risikoen det er for at skaden inntreffer.

Det er ikke noe krav om at den som får opplysningene kan benytte seg av dem. Pressen vil for eksempel ikke kunne nyttiggjøre seg av en forretningshemmelighet, mens en konkurrerende virksomhet vil ha stor nytte av slikt innsyn. Det åpner likevel ikke for at opplysningen kan offentlig- gjøres. Vurderingen dreier seg om hva opplysningen kan brukes til, ikke hvem som mottar disse.

4.2 Unntak fra offentlighet etter offentleglova § 23

Denne bestemmelsen gjelder - unntak av hensyn til forvaltningens forhandlingsposisjon med mer.

Unntaksbestemmelsen her retter seg mot oppdragsgivernes forsvarlige gjennomføring av økonomi, lønns- og personalforvaltning. Det mest aktuelle alternativet for offentlige anskaffelser er unntaket som gjelder økonomiforvaltning. For å kunne benytte dette unntaket må det foreligge et økonomisk forhold, enten ved et kjøp eller salg, til en utenforstående part. Det er i tillegg et vilkår at det foreligger et konkurranseaspekt. Oppdragsgiver må potensielt måtte betale høyere kostnader eller lide tap av en gevinst i fremtidige konkurranser, dersom opplysningene gjøres kjent. I hvilken grad hemmelighold er nødvendig vil kunne variere over tid. Oppdragsgiveren kan vurdere å frigi opplysningene når disse ikke lenger vil ha en negativ betydning for eventuelle fremtidige konkurranser.